

# **BVGer B-4164/2021 vom 19. August 2021**

Bundesverwaltungsgericht, 2021-08-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-4164\\_2021\\_d20210819](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4164_2021_d20210819)

FR: TAF B-4164/2021 du 19 août 2021

IT: TAF B-4164/2021 del 19 agosto 2021

## **Regeste**

Berufspr&uuml;fung | Berufsprüfung für Betriebsleiterin Fleischwirtschaft 2021  
(Nichteintretensentscheid vom 19. August 2021)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Der Entscheid der Vorinstanz vom 19. August 2021 über das Nichteintreten auf die Beschwerde vom 31. Mai 2021 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der Streitsache zuständig (Art. 31 und Art. 33 Bst. d des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32]; Art. 61 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Berufsbildung vom 13. Dezember 2002 [Berufsbildungsgesetz, BBG, SR 412.10]). Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. a und b VwVG). Sie beantragt die Aufhebung des Entscheids vom 19. August 2021 sowie die Rückweisung der Sache zur materiellen Beurteilung. Mit dem Vorbringen, die Vorinstanz habe den Kostenvorschuss zu Unrecht erhoben, beantragt sie sinngemäss auch die Aufhebung der Verfügung vom 9. Juni 2021 (vgl. Sachverhalt Bst. A.d). Diese selbständig eröffnete Zwischenverfügung ist durch Beschwerde gegen die Endverfügung anfechtbar, soweit sie sich auf den Inhalt der Endverfügung auswirkt (Art. 46 Abs. 2 VwVG). Der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz vom 19. August 2021 ist aufgrund einer verspäteten Leistung des Kostenvorschusses ergangen. Die Beschwerdeführerin hat somit ein aktuelles Rechtsschutzinteresse, in ihrer Beschwerde Rügen gegen die Zwischenverfügung vom 9. Juni 2021 vorzubringen (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG). Sie ist zur Beschwerde legitimiert. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde vom 18. September 2021 (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist einzutreten.

### **E. 2**

Das Bundesverwaltungsgericht kann nur über Fragen entscheiden, welche Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens waren, weil ansonsten der Streitgegenstand des Rechtsmittelverfahrens in unzulässiger Weise erweitert und in die funktionelle Zuständigkeit der Vorinstanz eingegriffen würde (BGE 133 II 35 E. 2; Urteil des BGer 2C\_708/2016 vom 24. August 2016 E. 2.1; Urteil des BVGer B-5981/2019 vom 13. März 2020 E. 2; MO-SER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.7 f. und Rz. 2.208). Vorliegend ist ein Nichteintretensentscheid wegen einer nicht fristgerechten Kostenvorschusszahlung

B-4164/2021 Seite 5 angefochten, der keine materielle Eventualbegründung enthält. Es ist daher nur zu prüfen, ob die Vorinstanz auf die Beschwerde hätte eintreten müssen.

### **E. 3**

Die Kostenpflichtigkeit des Verfahrens beurteilt sich nach dem anwendbaren Verfahrensrecht.

#### **E. 3.1**

Nach Art. 61 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BBG wendet das SBFI im Rechtsmittelverfahren gegen Verfügungen von Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung das VwVG an. Nach Art. 63 Abs. 4 VwVG erhebt die Beschwerdeinstanz von den Beschwerdeführenden einen Kostenvorschuss in der Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten. Zu dessen Leistung ist eine angemessene Frist anzusetzen, unter Androhung des Nichteintretens bei Säumnis. Der Kostenvorschuss wird aber unter anderem dann nicht erhoben, wenn dies in der Spezialgesetzgebung ausdrücklich so vorgesehen ist (MICHAEL BEUSCH, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2019, Art. 64 N. 23).

#### **E. 3.2**

Das BehiG gilt unter anderem für den Bereich der Aus- und Weiterbildung (Art. 3 Bst. f BehiG) und hat den Zweck, Benachteiligungen zu verhindern, zu verringern oder zu beseitigen, denen Menschen mit Behinderungen ausgesetzt sind (Art. 1 Abs. 1 BehiG). Nach Art. 2 Abs. 1 BehiG ist ein Mensch mit Behinderungen eine Person, der es eine voraussichtlich dauernde körperliche, geistige oder psychische Beeinträchtigung erschwert oder verunmöglicht, alltägliche Verrichtungen vorzunehmen, soziale Kontakte zu pflegen, sich fortzubewegen, sich aus- und weiterzubilden oder eine Erwerbstätigkeit auszuüben. Eine Benachteiligung liegt vor, wenn Behinderte rechtlich oder tatsächlich anders als nicht Behinderte behandelt und dabei ohne sachliche Rechtfertigung schlechter gestellt werden als diese, oder wenn eine unterschiedliche Behandlung fehlt, die zur tatsächlichen Gleichstellung Behinderter und nicht Behinderter notwendig ist (Art. 2 Abs. 3 BehiG). Nach Art. 10 Abs. 1 BehiG sind Verfahren nach Art. 7 und Art. 8 BehiG unentgeltlich. Nach Art. 8 Abs. 2 BehiG kann eine Person, die durch das Gemeinwesen im Sinne von Art. 2 Abs. 5 BehiG benachteiligt wird, beim Gericht oder bei der Verwaltungsbehörde verlangen, dass das Gemeinwesen die Benachteiligung beseitigt oder unterlässt. Eine Benachteiligung bei der Inanspruchnahme von Aus- und Weiterbildung liegt insbesondere vor,

B-4164/2021 Seite 6 wenn Dauer und Ausgestaltung des Bildungsangebots sowie Prüfungen den spezifischen Bedürfnissen Behinderter nicht angepasst sind (Art. 2 Abs. 5 Bst. b BehiG). Nach Art. 35 Abs. 3 der Verordnung vom 19. November 2003 über die Berufsbildung (BBV, SR 412.101) werden bei Abschlussprüfungen der beruflichen Grundbildung besondere Hilfsmittel oder mehr Zeit gewährt, wenn dies aufgrund einer Behinderung erforderlich ist. Dabei handelt es sich um Teilaspekte von Art. 2 Abs. 5 Bst. a und Bst. b BehiG (MARKUS SCHEFER/CAROLINE HESS-KLEIN, Behindertengleichstellungsrecht, 2014, S. 395 f.). Die Praxis wendet Art. 35 Abs. 3 BBV im Bereich der höheren Berufsbildung analog an (vgl. Merkblatt SBFI, Nachteilsausgleich für Menschen mit Behinderungen bei Berufsprüfungen und höheren Fachprüfungen, abrufbar auf [www.sbfi.admin.ch](http://www.sbfi.admin.ch) > Bildung > Höhere Berufsbildung > Berufsprüfungen BP und höhere Fachprüfungen HFP > Kandidierende und Absolvierende, zuletzt besucht

am 19. April 2022).

### **E. 3.3**

Nach Art. 178 Abs. 3 BV können Verwaltungsaufgaben durch Gesetz Organisationen und Personen des öffentlichen oder privaten Rechts übertragen werden, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen. Der Begriff der Verwaltungsaufgaben ist nicht näher definiert. Dazu zählt aber jedenfalls eine Verwaltungstätigkeit in hoheitlicher Form, wie der Erlass von Verfügungen (GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar BV, 2. Aufl. 2017, Art. 178 N. 24).

### **E. 3.4**

Nach Art. 28 Abs. 2 BBG regeln die zuständigen Organisationen der Arbeitswelt bei eidgenössischen Berufsprüfungen und eidgenössischen höheren Fachprüfungen die Zulassungsbedingungen, Lerninhalte, Qualifikationsverfahren, Ausweise und Titel; sie berücksichtigen dabei die anschliessenden Bildungsgänge; die Vorschriften unterliegen der Genehmigung durch das SBFI. Die eidgenössische Berufsprüfung und die eidgenössische höhere Fachprüfung richten sich nach den Vorschriften über diese Prüfungen (Art. 42 Abs. 1 BBG). Der Bund sorgt für die Aufsicht über die Prüfungen (Art. 42 Abs. 2 BBG). Das für die eidgenössische Berufsprüfung oder höhere Fachprüfung zuständige Organ entscheidet durch Verfügung über die Erteilung des Fachausweises oder Diploms. Der Fachausweis und das Diplom werden vom SBFI ausgestellt (Art. 43 Abs. 1 und Abs. 2 BBG i.V.m. Art. 36 Abs. 1 und Abs. 2 BBV). Gestützt auf Art. 28 Abs. 2 BBG haben der SFF und der MPV die «Prüfungsordnung über die Berufsprüfung für Betriebsleiterin / Betriebsleiter Fleischwirtschaft» erlassen, welche mit der Genehmigung der Vorinstanz am 2. Oktober 2013 rückwirkend am 1. September 2013 in Kraft trat

B-4164/2021 Seite 7 (Ziff. 9.3 der Prüfungsordnung; in der zuletzt geänderten Form vom 28. Januar 2016 seit der Genehmigung des SBFI vom 25. Januar 2016 in Kraft [Prüfungsordnung, Kapitel II]). Der SFF und der MPV bilden als Organisationen der Arbeitswelt die Trägerschaft und sind für die ganze Schweiz zuständig (Ziff. 1.2 Prüfungsordnung und Art. 1 Abs. 1 BBG). Alle Aufgaben im Zusammenhang mit der Fachausweiserstellung werden einer Kommission für Qualitätssicherung (QS-Kommission) übertragen (Ziff. 2.11 Prüfungsordnung). Die QS-Kommission führt unter anderem die Abschlussprüfung durch (Ziff. 2.21 Bst. e Prüfungsordnung), entscheidet als Prüfungsorgan über die Zulassung zur Prüfung (Ziff. 2.21 Bst. g Prüfungsordnung), behandelt Anträge (Ziff. 2.21 Bst. j Prüfungsordnung) und beschliesst und entscheidet über das Bestehen von Prüfungen (Ziff. 2.21 Bst. i, 4.51 und 6.43 Prüfungsordnung). Gegen ihre Entscheide wegen Verweigerung des Fachausweises kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim SBFI Beschwerde erhoben werden (Ziff. 7.31 Prüfungsordnung und Art. 61 Abs. 1 Bst. b BBG).

### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz hätte keinen Kostenvorschuss erheben dürfen, weil das Verfahren nach dem BehiG kostenlos sei. Die Vorinstanz bringt dagegen vor, dass die Befreiung von der Kostenvorschusspflicht nach Art. 10 BehiG nicht zur Anwendung gelange, weil der SFF und der MPV nicht Teil des Gemeinwesens im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BehiG seien.

### **E. 4.2**

Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin gestützt auf die Diagnose (...) (vgl. Sachverhalt Bst. A.a) eine Einschränkung im Sinne von Art. 2 BehiG geltend gemacht hat. Strittig ist, ob die von ihr behauptete Benachteiligung bei der Prüfung in den Anwendungsbereich des Gesetzes fällt.

#### **E. 4.3**

Wird eine Person durch das Gemeinwesen im Sinne von Art. 2 Abs. 5 BehiG benachteiligt, kann sie nach Art. 8 Abs. 2 BehiG verlangen, dass das Gemeinwesen die Benachteiligung beseitigt oder unterlässt. Fraglich ist, ob der SFF und der MPV als Gemeinwesen im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BehiG zu qualifizieren sind. Die Berufsbildung ist vom Bund zu regeln (Art. 63 BV). Die Branchenvertreter haben einen bestimmenden Einfluss auf die eidgenössischen Prüfungen, indem sie die Prüfungsinhalte und die Durchführung der Prüfungen

B-4164/2021 Seite 8 festlegen (siehe auch Ziff. 2.21 Bst. d ff. Prüfungsordnung). Private, denen das Gemeinwesen die Erledigung bestimmter Vollzugsaufgaben überträgt, erledigen jene anstelle des Gemeinwesens nach dessen Vorgaben in den anwendbaren Erlassen. Die Verfügungsbefugnis bedarf wie die Übertragung der Verwaltungsaufgabe einer hinreichend klaren gesetzlichen Grundlage. Berufsverbände, die Berufsprüfungen durchführen, gelten in der Literatur als Beispiel für privatrechtliche Fachverbände, die mit der Erledigung von Verwaltungsobliegenheiten betraut wurden (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, N. 1823 ff.; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, S. 79). Mit der Durchführung der Berufsprüfungen und dem Erlass von Entscheidungen über die Verweigerung des eidgenössischen Fachausweises nimmt die QS-Kommission des SFF und des MPV eine Verwaltungsaufgabe wahr. Art. 28 Abs. 2 sowie Art. 43 BBG i.V.m. Art. 36 Abs. 1 BBV übertragen die Verwaltungsaufgabe hinreichend bestimmt. Der SFF und der MPV haben eine Prüfungsordnung erlassen, welche von der Vorinstanz genehmigt wurde. Wie gesehen (E. 3.4), führt die QS-Kommission die Abschlussprüfungen durch und entscheidet als Prüfungsorgan über die Zulassung sowie das Bestehen von Prüfungen. Gegen ihre Entscheide wegen Verweigerung des Fachausweises kann beim SBFI Beschwerde erhoben werden (Ziff. 7.31 Prüfungsordnung und Art. 61 Abs. 1 Bst. b BBG). Als private Träger, welche bei der Durchführung der Qualifikationsverfahren Aufgaben der Verwaltung übernommen haben (vgl. Art. 178 Abs. 3 BV; oben E. 3.3), sind der SFF und der MPV somit dem Gemeinwesen nach Art. 8 Abs. 2 BehiG zuzuordnen. Sie sind bei der Durchführung der Prüfungen folglich an das Benachteiligungsverbot von Art. 2 Abs. 5 BehiG (welches in Art. 35 BBV und im Merkblatt des SBFI konkretisiert ist) gebunden.

#### **E. 4.4**

Die Vorinstanz wendet weiter ein, die Beschwerde hänge nicht mit einem Anspruch, welcher sich aus Art. 8 Abs. 2 BehiG ergebe, zusammen. Der Beschwerdeführerin sei der verlangte Nachteilsausgleich gewährt worden. Ihr Rechtsbegehren sei zudem gegen den Prüfungsentscheid und nicht auf das Ergreifen von Massnahmen ausgerichtet. Art. 10 Abs. 1 BehiG sieht die Kostenfreiheit des Verfahrens vor, wenn nach Art. 8 Abs. 2 BehiG ein Anspruch auf Beseitigung oder Unterlassung einer verbotenen Benachteiligung geltend gemacht wird (vgl. Urteil des BVGer A-832/2014 vom 20. August 2014 E. 8). Voraussetzung ist, dass es wirklich um einen solchen Anspruch geht, nicht bloss um eine

andere Problematik,

B-4164/2021 Seite 9 die einen gewissen Zusammenhang mit Behinderungen hat (Urteile des BGer 2C\_686/2012 vom 13. Juni 2013 E. 6.1, 2C\_930/2011 vom 1. Mai 2012 E. 3.2). Art. 10 Abs. 2 BehiG setzt im Weiteren voraus, dass nicht mutwillig oder leichtsinnig Beschwerde erhoben wurde. Aus der Beschwerde vom 31. Mai 2021 an das SBFI geht hervor, dass es der Beschwerdeführerin auch um die Gewährung eines Nachteilsausgleichs ging, welchen sie beantragt hatte. So machte sie in der Beschwerdeergänzung vom 28. Juni 2021 geltend, dass die Gewährung des Nachteilsausgleichs nicht dokumentiert und nur mit einem der beiden Experten in einem Vorgespräch besprochen worden sei, weshalb sie davon ausgehe, dass der zweite Experte davon gar nicht in Kenntnis gewesen sei. Die QS-Kommission hat den Angaben der Beschwerdeführerin zufolge nicht über den Nachteilsausgleich verfügt. Die Beschwerdeführerin vermutet daher sowie aufgrund des Ablaufs der Prüfung, dass zumindest ein Experte keine Kenntnis von ihrer Einschränkung gehabt habe. Dies wirft Sachverhaltsfragen auf, welche im Zentrum des Benachteiligungsverbots stehen. Die Beschwerdeführerin macht damit ein Interesse an der Gewährung des Nachteilsausgleichs geltend, welcher – wie die Vorinstanz ausführt – Gegenstand einer Prüfungswiederholung sein könnte. Das Beschwerdeverfahren vor dem SBFI betraf demnach einen Rechtsanspruch aufgrund einer behaupteten Benachteiligung nach Art. 8 Abs. 2 i.V.m. Art. 2 Abs. 5 Bst. b BehiG (vgl. BVGE 2008/26 E. 4.2; Urteile des BVerfG A-832/2014 vom 20. August 2014 E. 6.2 und B-5474/2013 vom 27. Mai 2014 E. 4.1.3). Da die Beschwerdeerhebung auch nicht als mutwillig oder leichtsinnig erscheint, sind die Voraussetzungen der Kostenfreiheit des Verfahrens nach Art. 10 BehiG erfüllt.

#### **E. 4.5**

Im Weiteren scheint die Vorinstanz davon auszugehen, sie habe bei der Prüfung der Sachurteilsvoraussetzungen eine Prognose zu erstellen, ob das behauptete Fehlen des Nachteilsausgleichs zutreffen könne. Bei einer solchen Auslegung von Art. 10 Abs. 1 BehiG wären nur mehr jene Verfahren unentgeltlich, in denen eine Benachteiligung bejaht würde, die benachteiligte Person also obsiegen würde. Das Bundesgericht lehnt diese Auslegung ab (Urteil des BGer 2C\_154/2017 vom 23. Mai 2017 E. 8.2.2). Soweit die Vorinstanz im Übrigen materielle Aspekte der Entscheidungsfindung aufgreifen möchte, liegen ihre Ausführungen ausserhalb des Streitgegenstands (vgl. E. 2). Ob die Vorbringen der Beschwerdeführerin zur Wiederholung der Prüfung führen können, muss daher vorliegend offenbleiben.

B-4164/2021 Seite 10

#### **E. 4.6**

Zusammengefasst verletzt die Zwischenverfügung der Vorinstanz vom

#### **E. 5**

Die Beschwerde ist damit begründet und gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung (Nichteintretensentscheid der Vorinstanz vom 19. August 2021) und die mit angefochtene Zwischenverfügung (Kostenvorschusserhebung vom 9. Juni 2021) werden aufgehoben. Die Sache ist zur weiteren Behandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie hat, sofern die übrigen Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind, den geltend gemachten Sachverhalt abzuklären und über die Beschwerde vom 31. Mai 2021 materiell zu entscheiden.

#### **E. 6.1**

Das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist aufgrund der geltend gemachten Benachteiligung bei der Inanspruchnahme von Aus- und Weiterbildung - unabhängig vom Verfahrensausgang - kostenlos (Art. 10 Abs. 1 BehiG), weshalb keine Verfahrenskosten zu erheben sind (vgl. Urteil des BVGer A-832/2014 vom 20. August 2014 E. 8).

#### **E. 6.2**

Der obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (vgl. Art. 8 Abs. 1 VGKE). Sind die Kosten verhältnismässig gering, kann von einer Parteientschädigung abgesehen werden (vgl. Art. 7 Abs. 4 VGKE). Die Beschwerdeführerin ist nicht anwaltlich vertreten. Sie macht keine Auslagen geltend und es ist auch kein wesentlicher Kostenaufwand ersichtlich. Sie hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Der Vorinstanz steht ebenfalls keine Parteientschädigung zu (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

#### **E. 9**

Juni 2021 Bundesrecht und wird aufgehoben. Die rechtzeitige Kosten- vorschussleistung ist folglich keine Voraussetzung für das Eintreten auf die Beschwerde vom 31. Mai 2021. Die Nichteintretensverfügung der Vor- instanz vom 19. August 2021 ist daher als unbegründet aufzuheben. 5. Die Beschwerde ist damit begründet und gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung (Nichteintretensentscheid der Vorinstanz vom 19. August 2021) und die mit angefochtene Zwischenverfügung (Kostenvorschusserhebung vom 9. Juni 2021) werden aufgehoben. Die Sache ist zur weiteren Behand- lung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie hat, sofern die übrigen Eintre- tensvoraussetzungen erfüllt sind, den geltend gemachten Sachverhalt ab- zuklären und über die Beschwerde vom 31. Mai 2021 materiell zu entschei- den. 6. 6.1 Das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist auf- grund der geltend gemachten Benachteiligung bei der Inanspruchnahme von Aus- und Weiterbildung – unabhängig vom Verfahrensausgang – kos- tenlos (Art. 10 Abs. 1 BehiG), weshalb keine Verfahrenskosten zu erheben sind (vgl. Urteil des BVGer A-832/2014 vom 20. August 2014 E. 8). 6.2 Der obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundes- verwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Parteientschädigung um- fasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (vgl. Art. 8 Abs. 1 VGKE). Sind die Kosten verhältnismässig gering, kann von einer Parteientschädigung abgesehen werden (vgl. Art. 7 Abs. 4 VGKE). Die Beschwerdeführerin ist nicht anwaltlich vertreten. Sie macht keine Aus- lagen geltend und es ist auch kein wesentlicher Kostenaufwand ersichtlich. Sie hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Der Vorinstanz steht ebenfalls keine Parteientschädigung zu (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

B-4164/2021 Seite 11